

A recepção do art. 35 da Lei Falimentar pela Constituição de 1988

Mário Moraes Marques Junior^(*)
Promotor de Justiça – RJ

1. Introdução

Recente acórdão da lavra do eminente Min. Moreira Alves esposou a tese de que o art. 35 da Lei de Quebras estaria revogado por incompatibilidade com o disposto no art. 5º, incisos LXI e LXVII, da Constituição da República de 1988.

Sendo inédito este entendimento, vem o julgado suscitando nos meios jurídicos discussões e debates, impondo-se uma análise mais detida sobre as questões envolvidas, a que nos propomos neste estudo.

A ementa do mencionado aresto é vazada nos seguintes termos:

“Recurso ordinário em *habeas corpus*.

Como bem acentua o parecer da Procuradoria-Geral da República, em princípio, a superveniência da condenação criminal não torna sem efeito a prisão – que é medida administrativa de caráter coercitivo e não punitivo – decretada no processo cível falimentar que tem outra finalidade. Assim sendo, e estando revogado o artigo 35 da Lei de Falências pelos incisos LXI e LXVII do artigo 5º da Constituição que não admitem essa modalidade de prisão, impõe-se o provimento do presente recurso ordinário para que se casse o decreto dessa prisão.

Recurso ordinário provido”.

(STF; 1ª Turma; ac. unânime; j. em 24/04/98; RHC nº 76 741-1 – MG; pub. no DJ 22 5 98).

A questão da recepção ou não, pela vigente Carta Magna, da regra jurídica insculpida no art. 35 da Lei Falimentar que autoriza ao juízo da falência a decretação da prisão civil do falido (leia-se de sócio-gerente da sociedade comercial falida) por descumprimento dos deveres que a lei de quebras impõe e que se encontram elencados em sua maioria no art. 34 e incisos da Lei de Falências, apresenta razoável complexidade e, em princípio, parece-nos no mínimo precipitada a interpretação de que o Supremo Tribunal Federal, erigido como verdadeira Corte Constitucional,

(*) Coordenador das Promotorias de Justiça de Massas Falidas do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro

guardião da Constituição da República, nos termos do art. 102, *caput*, do texto constitucional, tenha adotado entendimento pacífico e remansoso sobre a questão.

Antes de adentrarmos o mérito da discussão, é mister salientar que este é o único acórdão do Pretório Excelso adotando a tese de estar revogado o art. 35 da Lei Falimentar, pelos incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal, não se podendo afirmar ser este o entendimento prevalente naquela Augusta Corte, vez que não se tem notícia de outro aresto no mesmo sentido, sendo certo que o acórdão trazido a comento foi prolatado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, desconhecendo-se o posicionamento da 2ª Turma daquela Corte.

Assim sendo, ainda não há como considerarmos seja a tese espousada no acórdão mencionado o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria

Ao analisarmos a fundamentação do voto do relator do acórdão, verificamos ser de uma singeleza ímpar, limitando-se a afirmar que o art. 35 da Lei de Quebras teria sido revogado pelos incisos LXI e LXVII do art. 5º da Constituição Federal, sem no entanto explicitar as razões deste entendimento.

2. A inexistência de violação ao dispositivo constitucional inserto no inciso LXI do art. 5º da Constituição da República

Ao contrário do que afirma o acórdão em comento, não se verifica qualquer incompatibilidade da norma do art. 35 da Lei Falimentar, que autoriza ao juízo da falência determinar a prisão do falido ou sócio da sociedade falida, com o dispositivo constitucional que aboliu a denominada prisão administrativa de nosso ordenamento jurídico, e neste sentido tem reiteradamente se manifestado o Superior Tribunal de Justiça, que em diversos acórdãos deixou clara a constitucionalidade do art. 35 da Lei de Quebras, salientando a legalidade da prisão decretada com base neste dispositivo e descartando a alegação de constrangimento ilegal

Merecem lembrança, a propósito, os seguintes arestos, todos prolatados na vigência da atual Constituição da República:

“Falência. Prisão administrativa do falido (arts. 35 e 34, III, da Lei nº 7.661/45). Legalidade

Não há ilegalidade na prisão administrativa do falido, face a atual Constituição, desde que o decreto esteja fundamentado e tenha sido expedido por autoridade judiciária (art. 5º, LXI, da Constituição). Por outro lado, a hipótese não está abrangida pela proibição do inciso LXVII, que não inova substancialmente em relação às constituições anteriores.

Recurso de *habeas corpus* a que se nega provimento”.

(STJ; Quinta Turma; RHC 3040/MG; ac. unânime; Rel. Min. Assis Toledo; j. em 24.11.93; RSTJ 77/274)

“Penal. Prisão. Processo Falimentar. Descumprimento de obrigações. Vícios inocorrentes.

Deixando os pacientes de cumprir obrigações do processo falimentar, a que respondem, tal como delineadas no art. 34 do Decreto-Lei nº 7.661, de 1945, não há ilegalidade no decreto de prisão, autorizado no art. 35 do mesmo diploma.

Recurso Desprovido”.

(STJ; Sexta Turma; RHC 6466/GO; ac. unânime; Rel. Min. William Patterson; j. em 16.6.97; pub. no DJ de 18.8.97, pág. 37916)

Merecem ainda destaque os seguintes julgados, prolatados posteriormente ao aresto do Supremo Tribunal Federal em estudo:

“Processo Falimentar. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Prisão. Descumprimento de obrigações.

A decretação da prisão, em processo falimentar do falido que se ausenta injustificadamente do foro da falência, e nem cumpre com as suas obrigações, não caracteriza constrangimento ilegal.

Writ indeferido”.

(STJ; Quinta Turma; HC 7602/MG; ac. unânime; Rel. Min. Felix Fischer; julgado em 25.8.98; pub. no DJ de 5.10.98, pág. 109).

“Comercial. Falência. Administrador de fato. Obrigação de prestar declarações. Não comparecimento. Prisão. Constrangimento ilegal. *Habeas Corpus*. Recurso.

1. Não configura constrangimento ilegal a prisão do representante da massa falida, ainda que administrador de fato, que deixa de comparecer para prestar declarações.

2. Recurso Conhecido mas não provido”.

(STJ; Quinta Turma; RHC 6977-SP; ac. unânime; Rel. Min. Edson Vidigal; julgado em 23.6.98; pub. no DJ de 3.8.98, pág. 262)

Conforme bem salientado no voto do eminente Min. Assis Toledo, quando o relator do primeiro aresto do Superior Tribunal de Justiça trazido à baila, a prisão civil estatuída pelo art. 35 da Lei Falimentar é uma espécie peculiar de prisão administrativa, decretada pelo juiz no processo judicial de falência, que não se confunde com a prisão administrativa decretada por autoridades não judiciárias, esta sim abolida pela Constituição da República de 1988, em seu art. 5º,

inciso LXI, que estatui que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

Desde que a prisão seja decretada pelo juízo falimentar competente, em decisão fundamentada, com base no descumprimento pelos sócios-gerentes da falida das obrigações legais impostas pelo art. 34 e incisos da Lei de Quebras, não há como reputar-se tal *decisum* como violador da invocada norma constitucional.

Em verdade, o que buscou a Constituição com tal dispositivo foi vedar fosse autorizada a prisão ordenada por autoridade não judicial, resguardando-se, destarte, o princípio do *due process of law* e assegurando em mais um aspecto o direito de liberdade, reputado como fundamental pelo texto da Carta da República, desde o seu preâmbulo.

Com a promulgação da Carta Política de 1988, vedou-se a prisão determinada por autoridade policial, fazendária ou administrativa, admitindo-se apenas a prisão ordenada por juiz competente ou por comandante militar, este último evidentemente de acordo com a legislação cabível, em caso de crime ou transgressão militar, conforme lembra Manoel Gonçalves Ferreira Filho.⁽¹⁾

Não se pode olvidar que a denominada prisão administrativa visava essencialmente acautelar a Fazenda Pública, possibilitando a segregação de responsáveis por dinheiro ou valor a ela pertencente, em caso de dano ao erário e, com este intuito, a legislação infra-constitucional previa, em diversos diplomas, os casos de prisão administrativa.

A prisão de sócio de empresa falida tem escopo totalmente diverso, pois constitui meio de coerção dos ex-administradores da falida ao cumprimento das obrigações legais impostas pela Lei de Quebras, que em nada se confunde com o objeto da prisão administrativa comum.

Tem a prisão do sócio da falida como um dos seus objetivos o de compeli-lo à entrega dos livros, bens e documentos da sociedade, cuja omissão constitui crime falimentar, por si só, nos termos do art. 188, inciso VIII, da Lei Falimentar.

Ao omitir-se na entrega dos livros obrigatórios da sociedade, o sócio consuma o delito de supressão, que é de perigo presumido e de

(1) MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “Comentários à Constituição brasileira”, vol. I, pág. 71, Ed. Saraiva, 1990.

mera conduta, pelo que, intimado para depositá-los e transcorrido o momento próprio no processo falimentar, passa a incidir nas sanções penais.

Assim, logo se vê que a prisão civil, nestes casos, discrepa totalmente da prisão administrativa convencional, pelo seu próprio escopo e até mesmo por sua natureza, pois não se pode negar que esta prisão, em que pese não ter natureza punitiva e sim coercitiva, pelas razões invocadas apresenta uma feição *sui generis*, pois previne a perpetração de ilícito falimentar, sendo inarredável o seu cunho acautelatório da própria ordem econômica, atualmente tutelada juridicamente e incluída como fundamento para a decretação da custódia preventiva por força da Lei nº 8.884/94, que modificou a redação do art. 312 do Código de Processo Penal.

3. A inexistência de afronta à norma constitucional inserta no inciso LXVII da Constituição da República

Quanto ao segundo argumento invocado pelo acórdão do Supremo Tribunal Federal, ora criticado, de que a prisão do falido vulnera a norma inserta no art. 5º, inciso LXVII, da Carta Política de 1988, também não merece triunfar, vez que, à míngua de qualquer fundamentação no corpo do aresto, não resiste a uma análise jurídica mais percuciente.

Estatui aquele dispositivo do texto constitucional que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, afastando de nosso ordenamento jurídico, a exemplo de constituições anteriores, a possibilidade de execução pessoal do devedor, por dívida, iniquidade odiosa, reservando ao seu patrimônio a execução do crédito.

A respeito, lembra Álvaro Villaça Azevedo⁽²⁾ que nos sistemas jurídicos da antigüidade, inclusive no Código de Hamurabi e no Código de Manu, permitia-se o emprego da violência para o recebimento do crédito, podendo não raro o credor obter a segregação do devedor, sua redução à condição de escravo ou mesmo a sua morte, tendo a prisão por dívida subsistido mesmo no antigo Direito Romano, somente sendo abolida com a evolução do Direito, sendo hoje princípio consagrado nas legislações mais modernas a vedação da prisão por dívidas.

Parece-nos bastante claro que a prisão de sócio no curso de processo falimentar não pode se confundir com uma mera prisão por dívida, a que visou evitar o dispositivo constitucional, na esteira de outras constituições, inclusive alienígenas.

(2) ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, “Prisão por dívida”, págs. 13-27, Ed. RI, 1993.

Não se destina a prisão autorizada pelo art. 35 da Lei de Quebras a impelir o sócio ao pagamento de qualquer dívida, inclusive porque as dívidas da sociedade comercial não se confundem com as dívidas pessoais dos sócios, nos dois tipos societários mais comuns no direito brasileiro – as sociedades anônimas e as sociedades por cotas de responsabilidade limitada.

Não se decreta a prisão com base neste dispositivo legal da Lei Falimentar para que o sócio venha solver qualquer dívida, mas para que compareça a juízo para cumprir os deveres que a lei lhe impõe, em especial aqueles elencados no art. 34 e incisos da Lei de Quebras e para que colabore na tramitação do processo falimentar, seja auxiliando o síndico, seja examinando as declarações de crédito, ou mesmo prestando declarações que auxiliem na arrecadação dos bens, devendo comparecer a todos os atos da falência.

Assim, não se confunde a prisão do sócio no curso da falência com a prisão por dívida, esta sim, vedada pelo dispositivo constitucional mencionado, com as exceções que menciona (do prestador de alimentos e do depositário infiel).

Comentando o mencionado dispositivo constitucional, o festejado constitucionalista Celso Ribeiro Bastos sintetiza com precisão a natureza da prisão que buscou a Carta Política espantar de nosso ordenamento jurídico:

“A prisão de que trata a Constituição é de natureza civil. Com isto quer-se significar que ela não visa a aplicação de uma pena, mas tão-somente a sujeição do devedor a um meio extremamente violento de coerção, diante do qual, é de se presumir, cedam resistências do inadimplente. É por isto que, paga a pensão ou restituído o bem depositado, automaticamente cessa a prisão”. (*in* “Comentários à Constituição do Brasil”, 2ª volume, pág. 306, Ed. Saraiva, 1988/89)

A melhor hermenêutica do disposto no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República é a de que a vedação de prisão civil por dívida se restringe a impedir a segregação daquele obrigado a solver dívida de valor ou dívida de dinheiro, não abrangendo aqueles casos de devedor por outras formas de obrigação, como a prisão do falido, que destina-se à satisfação de obrigação legal imposta pelo diploma falimentar.

Outra interpretação do dispositivo constitucional em análise geraria irreparáveis prejuízos ao processo falimentar como instrumento de promoção da Justiça, retirando do magistrado ferramenta fundamental para a consecução dos objetivos processuais falimentares, com efeitos nefastos para todos os credores e inviabilizando a proteção ao crédito e à ordem econômica, buscada nestes feitos.

O entendimento esposado pelo acórdão do Excelso Pretório, além de equivocado e isolado, premia o enriquecimento ilícito por parte do falido e transforma o processo falimentar em mero instrumento de formalização de prejuízos dos credores, sendo de todo lamentável.

Insta acentuar que dispositivo constitucional praticamente idêntico ao insculpido no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição da República, já existia em constituições brasileiras anteriores, sendo certo que nunca entendeu o Pretório Excelso estar revogado o art. 35, da Lei de Quebras, na vigência das Cartas Políticas de 1946, 1967 e Emenda de 1969, sendo surpreendente que somente agora, passados mais de cinquenta anos desde a entrada em vigor da Lei de Quebras, seja reconhecida a incompatibilidade do art. 35 do Estatuto Falimentar com o dispositivo constitucional que veda a prisão por dívida.

Conforme anota Alcino Pinto Falcão,⁽³⁾ o princípio foi elevado à categoria de garantia individual constitucionalmente pela Carta Magna de 1934, que no seu art. 113, nº 30, dispunha:

“Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.

Silente a nossa Carta fascista de 1937, voltou ele na Constituição de 1946 (art. 141, § 32), já com as ressalvas que até hoje subsistem quanto ao devedor de alimentos e o depositário infiel, assim dispondo:

“Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso de depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei”.

A Constituição de 1967/1969, em seu art. 153, § 17, manteve o texto anterior praticamente sem alteração.

Como se depreende, a regra que veda a prisão por dívida é antiga como norma constitucional, sendo anterior mesmo à vigência da Lei Falimentar, que entrou em vigor em 1945, prevendo em seu art. 35 a possibilidade de prisão do falido.

Embora repetida nas Constituições seguintes à entrada em vigor da Lei de Quebras, jamais entendeu-se no seio do Pretório Excelso revogada a norma permissiva da prisão do falido, de fundamental importância para o trâmite do processo falimentar, como meio coercitivo, à disposição do juízo.

(3) ALCINO PINTO FALCÃO, “Comentários à Constituição”, 1º volume, págs. 291-292, Ed. Freitas Bastos, 1990.

Para ilustrar a posição do Supremo Tribunal Federal, trazemos à colação arestos aplicando o art. 35 da Lei Falimentar na vigência das Constituições de 1946 e de 1967:

Na vigência da Carta de 1946

“Faltando o falido ao cumprimento de qualquer dos deveres que a Lei lhe impõe, poderá ser preso, nos termos do art. 35, do Decreto nº 7.661, de 21 de julho de 1945”.

(STF; 1ª Turma; Rel. Min. Mario Guimarães; RHC 31663; pub. em 27.4.53 na ADJ, pág. 1246; j. em 31.7.1951)

Na vigência da Carta de 1967

“Recurso de *habeas corpus*. Prisão do falido com base no art. 35 da Lei Falimentar.

Não é inconstitucional a determinação, por não afetada pelo art. 153, § 17, da Carta Maior. Ausência de qualquer ilegalidade de coerção reparável pela via do *writ*.

Impertinência da invocação da Súmula nº 147”.

(STF; 2ª Turma; ac. unânime; Rel. Min. Thompson Flores; julg. em 27.8.76; RIJ vol. 84, pág. 401).

Pontes de Miranda, comentando as Cartas Magnas de 1934 e de 1967, que continham dispositivos com redação semelhante ao do art. 5º, inciso LXVII, da vigente Constituição da República, já observava que a prisão civil por obrigações não pecuniárias não estava vedada pelo texto constitucional, conforme sustentamos, pelo que, equivocado o entendimento de que a prisão do falido, prevista na Lei de Quebras restou revogada, após a promulgação da Carta de 1988, que a respeito não inovou.

Eis a lição de Pontes de Miranda, sobre o art. 113, nº 31, da Carta de 1937:

“A prisão civil por inadimplemento de obrigações que não sejam pecuniárias é sempre possível na legislação. Não a veda o texto constitucional. Outrossim, em se tratando de obrigações que não sejam de dívidas no sentido estrito (v.g., depósito, comodato, fidúcia real), ou de multas ou de custas”.

(Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil, Tomo II, Ed. Guanabara, págs. 254/255)

Idêntica observação fez Pontes de Miranda ao comentar o art. 153, § 17, da Carta de 1967⁽⁴⁾

(4) PONTES DE MIRANDA, “Comentários à Constituição de 1967”, tomo V, pág. 266, 2ª ed., 1970

4. Conclusão

Não existe no texto constitucional vigente norma incompatível com o disposto no art. 35 da Lei Falimentar, que continua em vigor, não tendo sido revogado e sim recepcionado pela Constituição de 1988.

A decretação da prisão com base neste dispositivo legal, desde que fundamentada em decisão emanada do juízo falimentar competente, não configura constrangimento ilegal, por tratar-se de prisão civil que não se confunde com a prisão administrativa convencional.

Não sendo prisão por dívida e tendo natureza coercitiva, não punitiva, a ordem de prisão para impelir o falido ou sócio de sociedade comercial falida a cumprir obrigação legal imposta pela legislação falimentar é instrumento fundamental para o bom andamento dos processos de falência.